

VU Research Portal

De ernstig geschokte rechtsorde, een vervolg

Borgers, M.J.

published in

Ars aequi

2007

document version

Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Borgers, M. J. (2007). De ernstig geschokte rechtsorde, een vervolg. *Ars aequi, oktober*, 798-805.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

De ernstig geschokte rechtsorde, een vervolg

Prof.mr. M.J. Borgers

AA2007-27

Rechtbank Haarlem 13 april 2007, LJN: BA2938, en gerechtshof Amsterdam 16 mei 2007, LJN: BA6642

Inleiding

In het maartnummer van dit tijdschrift besprak ik een uitspraak van de Hoge Raad over de ernstig geschokte rechtsorde als grond voor voorlopige hechtenis (voor zover er sprake is van een misdrijf waarop naar de wettelijke omschrijving twaalf jaar of meer gevangenisstraf staat).¹ Eén van de kanttekeningen bij deze uitspraak luidde dat de Hoge Raad een weinig richtinggevende invulling heeft gegeven aan het criterium van de ernstig geschokte rechtsorde. Duidelijk is dat niet uitsluitend het strafmaximum bepalend mag zijn voor het aannemen van een ernstig geschokte rechtsorde, maar de Hoge Raad geeft niet aan welke andere gezichtspunten een rol kunnen of moeten spelen. Ook laat de Hoge Raad de verhouding tot de rechtspraak van het EHRM met betrekking tot artikel 5 EVRM onbesproken, in het bijzonder waar het gaat om ‘public disorder’ als grond voor voorlopige hechtenis. Tegen deze achtergrond hoeft het geen verbazing te wekken dat door lagere rechters (nog steeds) uiteenlopende uitspraken worden gedaan over de betekenis van het criterium van de ernstig geschokte rechtsorde, mede in het licht van artikel 5 EVRM. De hieronder opgenomen uitspraken van de rechtbank Haarlem en het gerechtshof Amsterdam illustreren dat fraai.² Het gaat in deze uitspraken om de invoer door koeriers van een relatief geringe hoeveelheid harddrugs via de luchthaven Schiphol, waarbij de ernstig geschokte rechtsorde als enige grond voor voorlopige hechtenis in aanmerking komt.³

In deze annotatie bespreek ik de belangrijkste verschillen in opvatting die uit de beschikkingen van de rechtbank Haarlem en het gerechtshof Amsterdam naar voren komen en voorzie deze, voortbouwend op mijn eerdere uiteenzetting in het maartnummer, van commentaar. Ook besteed ik kort aandacht aan de vraag op welke wijze de gesignaleerde twistpunten zouden kunnen worden beslecht.

Weergave van enkele overwegingen van de rechtbank Haarlem

‘2.1 Het criterium: gevaar voor maatschappelijke onrust

De rechtbank is van oordeel dat een juiste toepassing van het recht vereist dat zij de Nederlandse wettelijke bepaling inzake de grond van de ernstig geschokte rechtsorde interpreteert in lijn met de rechtspraak van het EHRM. (...) De rechtbank is van oordeel dat een verdragsconforme uitleg van de Nederlandse grond van de ernstig geschokte rechtsorde betekent dat voorlopige hechtenis op deze grond alleen kan worden gerechtvaardigd als is voldaan aan het volgende criterium:

In het licht van de bijzondere ernst van het concrete feit waarvan de verdachte wordt verdacht en de publieke reactie daarop, bestaat het gevaar dat de vrijlating van deze verdachte tot maatschappelijke onrust zal leiden. Van maatschappelijke onrust is sprake indien het in de samenleving onbegrijpelijk en onaanvaardbaar zou worden geacht indien deze verdachte zijn berechting in vrijheid zou mogen afwachten.

(...)

2.2. Beschouwingen met betrekking tot de verdragsconforme interpretatie

Bovenstaande verdragsconforme interpretatie houdt in dat de rechter een inschatting zal moeten maken of het gevaar dat de voorlopige hechtenis beoogt weg te nemen (maatschappelijke onrust) zich in het voorliggende geval zal realiseren indien de verdachte op vrije voeten zou worden gesteld. (...)

Het EHRM staat niet toe dat het gevaar voor maatschappelijke onrust wordt afgeleid alleen uit de ernst van het strafbare feit: volgens het EHRM is, naast de bijzondere ernst van het delict dat is begaan, de publieke reactie op het gepleegde delict van belang. De vraag of een verdachte in afwachting van zijn proces vast moet blijven zitten, zou hiermee afhankelijk kunnen worden van het gegeven of er een direct slachtoffer is (dat het zelf, of wiens omgeving het onbegrijpelijk en onacceptabel zouden vinden indien de

¹ ‘Een niet zo schokkende uitspraak over de ernstig geschokte rechtsorde’, AA2007-09, *Ars Aequi* 2007, p. 245-252. Het betreft HR 21 maart 2006, LJN: AU8131, *NJ* 2006, 246, m.nt. T.M. Schalken.

² Zie ook Rb. Leeuwarden 2 mei 2007, LJN: BA4744. Het is overigens niet duidelijk in hoeverre de hier besproken uitspraken van de rechtbank Haarlem en het gerechtshof Amsterdam

op één en dezelfde zaak betrekking hebben. Duidelijk is wel dat het gaat om hetzelfde type zaak.

³ De overige gronden zijn niet van toepassing omdat het gaat om *first offenders* die een vaste woon- en verblijfplaats in Nederland hebben. Daarmee is (in de regel) geen recidive- of vluchtgevaar aan de orde. Ook dreigt er in principe geen collusiegevaar.

verdachte in vrijheid zijn proces zou mogen afwachten) en of er in de media heftig is gereageerd op het delict, waardoor maatschappelijke beroering is ontstaan. De officier van justitie verwoordde dit ter zitting als een bezwaar tegen een verdragsconforme interpretatie door te stellen dat toepassing van deze jurisprudentie van het EHRM zou leiden tot “emotiestrafrecht”.

De rechtbank overweegt hieromtrent in de eerste plaats dat de Nederlandse rechter gehouden is om de normen van het EVRM, voor zover zij rechtstreekse werking hebben, toe te passen. Daarnaast is het van belang om in het oog te houden dat het bij een beoordeling of er gronden voor voorlopige hechtenis aanwezig zijn, alleen maar gaat om de vraag of er bijzondere redenen zijn die kunnen rechtvaardigen dat deze verdachte – in afwijking van het beginsel dat een persoon zijn proces in vrijheid mag afwachten – in voorarrest moet blijven. Een goede reden kan zijn dat vrijlating van de verdachte zou leiden tot maatschappelijke onrust: het voorkomen van die maatschappelijke onrust, al is deze ingegeven door emoties, is een legitiem publiek belang dat door het regime van voorlopige hechtenis mag worden gediend.

Het Openbaar Ministerie heeft er steeds terecht op gewezen dat cocaïnesmokkel een ernstig feit betreft, zoals ook in de strafmotiveringen van deze rechtbank onder woorden pleegt te worden gebracht (...). Dat de smokkel van cocaïne een ernstig feit betreft, staat dan ook niet ter discussie. De stelling is evenwel dat dit gegeven op zichzelf genomen niet voldoende is om te rechtvaardigen dat een verdachte zijn proces niet in vrijheid mag afwachten.

Gesteld voor de vraag of de vrijlating van een verdachte zal leiden tot maatschappelijke onrust, heeft het Openbaar Ministerie in een eerdere vergelijkbare zaak het standpunt ingenomen dat de rechtsorde misschien niet geschokt is als deze ene individuele drugskoerier in vrijheid wordt gesteld, maar wel als de tweede, derde en vierde koerier wordt heengezonden. De individuele koerierszaak is, aldus het Openbaar Ministerie, niet geheel los te zien van de verzameling van alle koerierszaken en de maatschappelijke problemen die deze stroom van koeriers veroorzaakt.

De rechtbank is van oordeel dat deze invulling van de grond van de ernstig geschokte rechtsorde in strijd is met de door het EHRM gestelde grondregel dat een grond voor voorarrest niet mag worden gebaseerd op abstracties of algemene veronderstellingen alleen; een grond mag alleen worden aangenomen indien deze kan worden gerechtvaardigd op basis van de concrete feiten en omstandigheden van het specifieke geval van *dé* verdachte (...). Verwijzingen naar mogelijke effecten van de vrijlating van alle drugskoeriers is hiermee niet te rijmen.

Het Openbaar Ministerie heeft bij verschillende gelegenheden verwezen naar de jurisprudentie van het gerechtshof Amsterdam, waaronder het arrest van 3 mei 2005 (Mathurin). Hierin stelt het hof dat, wanneer de berechting plaatsvindt binnen de termijnen als genoemd in de artikelen 64, eerste lid, Sv. en 66, eerste lid, Sv., zulks is binnen de redelijke termijn als genoemd in artikel 5, derde lid EVRM. Zodoende is op grond van dit laatste artikel de voorlopige hechtenis gerechtvaardigd en heeft de verdachte, behou-

dens bijzondere omstandigheden waarvan in casu niet was gebleken, nog niet het recht hangende het proces in vrijheid te worden gesteld. De vraag of de invrijheidstelling “public disorder” veroorzaakt, kan derhalve onbeantwoord blijven, aldus hof.

Zoals hiervoor is overwogen (...), kan volgens het EHRM de redelijke verdenking voor een korte tijd voldoende zijn om een persoon in voorarrest te houden, maar moet na enige tijd een grond aanwezig zijn om het voortduren van het voorarrest te kunnen rechtvaardigen. Op grond van de algemene grondregels die het EHRM heeft ontwikkeld, en de specifiek aangehaalde uitspraak van het EHRM (Kem-mache), moet worden aangenomen dat deze termijn zeer kort is. De rechtbank is van oordeel dat in het licht van het voorgaande moet worden aangenomen dat de termijn waarin een verdachte zonder aanvullende grond mag worden vastgehouden, in het geval van een verdachte van wie, na invrijheidstelling en inbewaringstelling, de gevangenhouding wordt gevraagd, zeker is verstreken.

3. De verdragsconforme interpretatie toegepast op het onderhavige geval

Het thans voorliggende geval betreft een in Nederland woonachtige vrouw die ervan wordt verdacht dat zij, uitsluitend als koerier, via de luchthaven Schiphol ongeveer 1512,5 gram cocaïne (...), Nederland heeft ingevoerd. Zij is niet eerder veroordeeld voor drugsdelicten en heeft op haar strafblad één veroordeling tot een boete. De officier van justitie heeft aangekondigd dat deze verdachte voor de politierechter zal worden gedagvaard.

De rechtbank dient te beoordelen of in het geval van deze verdachte is voldaan aan de hiervoor omschreven grond van gevaar voor maatschappelijke onrust. In dit kader is van belang dat de voorlopige hechtenis van vergelijkbare verdachten in het recente verleden regelmatig is geschorst. Op geen enkele wijze is gebleken dat het feit dat deze verdachten in afwachting van hun berechting op vrije voeten werden gesteld, tot maatschappelijke onrust heeft geleid. De rechtbank ziet in de specifieke feiten en omstandigheden van het onderhavige geval geen enkele concrete aanwijzing dat vrijlating van deze verdachte in afwachting van haar proces mogelijk wél tot maatschappelijke onrust zou leiden. Om die reden concludeert de rechtbank dat er in dit geval geen gronden zijn voor de voorlopige hechtenis. De vordering tot gevangenhouding zal derhalve worden afgewezen.’

Weergave van de overwegingen van het gerechtshof Amsterdam

‘3. Bij de beoordeling door het hof van de afwijzende beslissing op de vordering tot gevangenhouding door de rechtbank, dient voorop gesteld te worden dat het Wetboek van Strafvordering een beslissingskader geeft waarin onderscheid wordt gemaakt tussen de beoordeling van de gevallen en gronden voor de voorlopige hechtenis enerzijds en de redenen voor schorsing van de tenuitvoerlegging van de – bevolen – voorlopige hechtenis anderzijds. Bij het bevelen van de voorlopige hechtenis en bij de opheffing daarvan gaat het om de aanwezigheid van ernstige bezwaren terzake van een feit (of meer feiten) waarvoor

de voorlopige hechtenis is toegelaten (het geval) en een of meer van de gronden als bedoeld in het genoemde art. 67a. Bij een beslissing over de schorsing van de tenuitvoerlegging van een gegeven bevel vindt een concrete afweging plaats van het gemeenschapsbelang bij het door de verdachte ondergaan van de voorlopige hechtenis tegenover de belangen van de verdachte.

4. Onbetwist uitgangspunt van art. 5 EVRM is dat een verdachte in vrijheid zijn berechting moet kunnen afwachten, tenzij er een of meer (van de bovengenoemde) redenen zijn die daaraan in de weg staan. Dit is ter beoordeling van de rechter. Bij de interpretatie van art. 5, lid 3 EVRM is, naast de vaststelling van de omstandigheid dat berechting binnen redelijke termijn zal plaats hebben, in een geval als het onderhavige steeds toetsing noodzakelijk aan het criterium van het gevaar van "public disorder" om vast te stellen of (voortzetting van de) voorlopige hechtenis noodzakelijk is.

5. Het hof is van oordeel dat in de onderhavige zaak aan het eerste criterium is voldaan. De berechting van de zaak ter zitting van de rechtbank zal volgens de planning, zoals bij de behandeling in raadkamer van dit hof door de advocaat-generaal is medegedeeld, in ieder geval binnen de uit de art. 64, eerste lid, en 66, eerste lid Wetboek van Strafvordering voortvloeiende termijnen plaats hebben. Dit is derhalve zowel binnen de termijnen als bedoeld in ons Wetboek van Strafvordering als binnen de termijn die af te leiden is uit de rechtspraak van het EHRM (zie bijvoorbeeld Bouchet EHRM 20 maart 2001, nr. 33591/96).

6. Noch het EVRM, noch de rechtspraak van het EHRM maken onderscheid tussen bevelen tot (de opheffing van de) voorlopige hechtenis enerzijds en die tot (afwijzing van een verzoek tot) schorsing van de tenuitvoerlegging van een dergelijk bevel anderzijds. Dit betekent naar het oordeel van het hof dat de eisen die het EVRM stelt inzake de voorlopige hechtenis slechts daar aan bod komen, waar deze spanning kunnen oproepen met of afwijken van het beoordelingskader van het Wetboek van Strafvordering. Tegelijkertijd betekent dit dat de door het EHRM ontwikkelde criteria zowel bij de beoordeling van het bevel tot (voortzetting van de) voorlopige hechtenis als die inzake de schorsing van de tenuitvoerlegging van de voorlopige hechtenis aan bod kunnen komen.

7. De vaststelling of er sprake is van gevaar voor "public disorder" valt zeker niet zonder meer samen met de vaststelling "dat de rechtsorde ernstig is geschokt". In concrete gevallen kan er tegelijkertijd sprake zijn van beide, maar dat is niet noodzakelijk. Beide maatstaven kennen een eigen perspectief en een eigen context. Bij "public disorder" gaat het eerder om verwachtingen omtrent (te verwachten) sociale onrust inzake de concrete invrijheidstelling, terwijl het "ernstig geschokt zijn van de rechtsorde" gaat om een grotere maatschappelijke context, met betrekking tot het beweerdelijk gepleegde feit. Daarbij is niet in de laatste plaats de heersende rechtsovertuiging van belang.

8. Uit de rechtspraak van het EHRM, bijvoorbeeld in Letellier, 26 juni 1991, NJ 1995, 575, valt af te leiden dat het EHRM als grond voor voorlopige hechtenis een verstoring van de rechtsorde ten gevolge van een ernstig feit

aanvaardt, mits de nationale wet in die grond voorziet. Dat is in Nederland het geval.

9. Het hof is van oordeel dat door het feit waarvoor de verdachte is aangehouden de rechtsorde zoals aangegeven onder 7 ernstig is geschokt. Meer in het bijzonder gaat het in de onderhavige zaak om de invoer van verdovende middelen, met name harddrugs, die onder meer vanwege de gevolgen van het gebruik en de daarmee samenhangende verwervingscriminaliteit een groot maatschappelijk probleem vormt. Dit geldt vooral indien sprake is van hoeveelheden die geschikt zijn voor verdere verspreiding, zoals in deze zaak het geval is. Via Schiphol is sprake van een voortdurende en grote toestroom van de bedoelde drugs, waarbij koeriers een sleutelrol vervullen. Ingrijpende maatregelen zoals de toepassing van voorlopige hechtenis zijn essentieel om de bedoelde invoer het hoofd te bieden.

Door deze maatregelen achterwege te laten zou de overheid haar greep op de import van verdovende middelen verliezen. Een zodanige situatie zou reeds op zichzelf in het algemeen tot grote maatschappelijke onrust leiden. Voorts zou deze de geloofwaardigheid en effectiviteit van de rechtsorde, ook in internationaal verband, meer in het algemeen aantasten.

10. Met betrekking tot het criterium "public disorder" overweegt het hof als volgt: nu onderhavige zaak een betrekkelijk korte tijdsperiode omvat van de voorlopige hechtenis tot aan de berechting kan er volgens het hof van uitgegaan worden dat de samenleving thans niet de vrijlating verdraagt van deze persoon die verdacht wordt van invoer van verdovende middelen onder de specifieke omstandigheden van het onderhavige geval zoals aangegeven in het dossier.

Dit is een feitelijke vaststelling die bij beslissingen inzake de voortzetting van de voorlopige hechtenis, naarmate de tijd van die hechtenis voortduurt, beter gemotiveerd moet worden.

11. In de beschikking van de rechtbank wordt naar het oordeel van het hof door het beoordelen van het gevaar voor "public disorder" in het kader van art. 67a, lid 2 aanhef sub 1 een te beperkte toets aangelegd. Anders dan de rechtbank oordeelt het hof op grond van het vorenstaande dat er wel sprake is van een "ernstig geschokte rechtsorde".

12. Met betrekking tot het bij de behandeling in raadkamer door de raadsman mondeling gedane (subsidiäre) verzoek tot schorsing tot de voorlopige hechtenis voor onbepaalde tijd overweegt het hof als volgt: de door de raadsman aangegeven persoonlijke omstandigheden van verdachte wegen niet op tegen het belang van de gemeenschap om de verdachte, gelet op bovengestelde, hangende de berechting van verdachte in voorlopige hechtenis te doen blijven. Daarbij merkt het hof met nadruk op dat een langere duur van de voorlopige hechtenis, bijvoorbeeld als het gaat om verdere verlenging daarvan, zowel de vaststelling inzake de aanwezigheid van gevallen en gronden als bedoeld in art. 67 en 67a Wetboek van Strafvordering, in het bijzonder wat betreft de mate van het nog (steeds) geschokt zijn van de rechtsorde, als de beslissing inzake een eventuele schorsing van de tenuitvoerlegging daarvan, anders kan doen uitvallen. Bij beide vormen van toetsing die-

nen naast de uit de Nederlandse wetgeving voortvloeiende criteria ook de uit het EVRM voortvloeiende maatstaven aan bod te komen.

Aldus is het hof van oordeel dat in de onderhavige zaak bij afweging van de belangen van verdachte tegen die van de maatschappij die van de maatschappij hebben te prevaleren.'

NOOT

1 Wanneer men de beschikkingen van de rechtbank Haarlem en het gerechtshof Amsterdam naast elkaar stelt, dan blijkt dat er op een verschillende wijze invulling wordt gegeven aan de verhouding tussen enerzijds het criterium van de ernstig geschokte rechtsorde en anderzijds de verplichtingen die uit artikel 5 EVRM voortvloeien. Men zou kunnen zeggen dat de rechtbank uitgaat van de opvatting dat het criterium van de ernstig geschokte rechtsorde zonder meer verdragsconform moet worden uitgelegd. Het gerechtshof neemt daarentegen tot uitgangspunt dat er geen aanleiding bestaat om de Nederlandse normen voor voorlopige hechtenis geheel te vereenzelvigen met de normen die in de Straatsburgse rechtspraak over artikel 5 EVRM zijn ontwikkeld. Het gerechtshof erkent wel de invloed van laatstgenoemde normen op het Nederlandse recht, maar verbindt daaraan minder verstrekkende consequenties dan de rechtbank. Ik licht dit nader toe.

De rechtbank overweegt in rov. 2.1 dat de Nederlandse regeling van de voorlopige hechtenis in haar geheel moet worden uitgelegd en toegepast binnen de kaders van de door het EHRM ontwikkelde regels omtrent artikel 5 EVRM.⁴ Om die reden formuleert de rechtbank een zelfstandig criterium voor het aannemen van een ernstig geschokte rechtsorde, dat is afgestemd op de relevante rechtspraak van het EHRM. In het door de rechtbank geformuleerde criterium staat 'maatschappelijke onrust' ('public disorder' of 'public disquiet') centraal. Van een ernstig geschokte rechtsorde kan eerst worden gesproken indien, in het licht van de bijzondere ernst van het concrete feit waarvan de verdachte wordt verdacht en de publieke reactie daarop, het gevaar bestaat dat de vrijlating van deze verdachte tot maatschappelijke onrust zal leiden. Onder maatschappelijke onrust wordt daarbij verstaan de situatie waarin de samenleving het onbegrijpelijk en onaanvaardbaar acht indien deze verdachte zijn berechting in vrijheid zou mogen afwachten. Op deze wijze beoogt de rechtbank een verdragsconforme uitleg te geven aan artikel 67a lid 1, sub 1, Sv, die *zonder meer* geldt in al die

gevallen waarin de ernstig geschokte rechtsorde als grond voor voorlopige hechtenis wordt opgevoerd.

In de uitspraak van het gerechtshof wordt (in rov. 7) juist het verschil tussen het criterium van de ernstige geschokte rechtsorde en dat van 'public disorder' onderstreept. Het eerste criterium zou daarbij ruimer zijn dan het tweede. Bij 'public disorder' draait het om 'verwachtingen omtrent (te verwachten) sociale onrust inzake de concrete invrijheidsstelling', terwijl bij de ernstig geschokte rechtsorde er sprake is van 'een grotere maatschappelijke context' met betrekking tot het feit waarvan de betrokkene wordt verdacht, waarbij met name 'de heersende rechtsovertuiging' een rol speelt. Dat betekent dat er *in abstracto* eerder sprake zal zijn van een ernstig geschokte rechtsorde dan van 'public disorder'. Of anders gezegd: bij het aannemen van een ernstig geschokte rechtsorde spelen (ook) andere belangen en gezichtspunten een rol dan (uitsluitend) de sociale onrust die volgt op vrijlating van de verdachte. Dat komt vooral tot uitdrukking in rov. 11, waarin het gerechtshof aan de rechtbank tegenwerpt dat zij het criterium van de ernstige geschokte rechtsorde vereenzelvigt met het criterium van 'public disorder'. Het gerechtshof aanvaardt, zo begrijp ik rov. 10, dat in een eerste fase – dat wil zeggen: in de fase tussen de aanvang van de voorlopige hechtenis en het moment dat het onderzoek ter terechtzitting begint – met de vaststelling dat er sprake is van een ernstig geschokte rechtsorde ook de aanwezigheid van het gevaar van 'public disorder' mag worden verondersteld. Bij een verdere voorzetting van de voorlopige hechtenis dient de (te verwachten) 'public disorder' echter nader te worden gemotiveerd. Deze benadering van het gerechtshof komt erop neer, dat het gewicht van het criterium van 'public disorder' toeneemt naarmate de voorlopige hechtenis langer duurt. Waar in een eerste fase voorlopige hechtenis reeds toelaatbaar is indien er sprake is van een ernstig geschokte rechtsorde, dient met het verstrijken van de tijd steeds strenger te worden getoetst of de vrijheidsbeneming moet voortduren in verband met de te verwachten publieke reactie op de vrijlating van de verdachte.

2 Zowel de rechtbank Haarlem als het gerechtshof Amsterdam nemen tot uitgangspunt dat 'ernstig geschokte rechtsorde' en 'public disorder' criteria zijn die op zichzelf van elkaar kunnen worden onderscheiden. De rechtbank kiest er echter voor, anders dan het gerechtshof, om dat onderscheid niet te maken, teneinde te bewerkstelligen dat de toepassing van artikel 67a lid 2, sub 1, Sv verdrags-

⁴ Zie over die regels (de hier omwille van de lengte niet opgenomen) rov. 1.2 van de uitspraak van de rechtbank.

conform is. Een belangrijke vraag is dan in hoeverre artikel 5 EVRM tot die stap dwingt. Alvorens die vraag te bespreken (onder 3), is het nuttig om stil te staan bij de inhoud van de verschillende criteria die de rechtbank en het gerechtshof hanteren. Kijkt men naar de verdragsconforme interpretatie van de rechtbank, dan ziet men dat de rechtbank voor het aannemen van een ernstig geschokte rechtsorde beslissend acht of de vrijlating van de verdachte zal leiden tot maatschappelijke onrust ('public disorder'). De rechtbank kwalificeert maatschappelijke onrust als de situatie waarin 'het in de samenleving onbegrijpelijk en onaanvaardbaar zou worden geacht indien deze verdachte zijn berechting in vrijheid zou mogen afwachten'. Die formulering sluit eigenlijk goed aan bij de invulling die sinds lange tijd pleegt te worden gegeven aan het criterium van de ernstig geschokte rechtsorde. Volgens die invulling is van een ernstig geschokte rechtsorde sprake indien het feit waarvan de betrokkene wordt verdacht (...) zo ernstig is dat het met de klaarblijkelijk heersende rechtsovertuiging zou strijden en in de samenleving onbegrijpelijk en onaanvaardbaar zou worden geacht als de verdachte zijn berechting in vrijheid zou mogen afwachten.⁵ Daardoor onderscheidt op begripsmatig niveau de verdragsconforme uitleg van het criterium van de ernstig geschokte rechtsorde zich niet scherp van de traditionele uitleg van hetzelfde criterium, ook al wekt de rechtbank in haar beschikking de suggestie dat de rechtspraak van het EHRM juist noopt tot een innovatieve uitleg van het Nederlandse recht. Het gerechtshof laat, zoals onder 1 reeds is opgemerkt, de criteria 'ernstig geschokte rechtsorde' en 'public disorder' expliciet niet samenvallen, maar geeft deze voornamelijk inhoud aan de hand van de – overigens tamelijk vage – begrippen 'heersende rechtsovertuiging' respectievelijk 'sociale onrust'.

Wil een verdragsconforme benadering zoals de rechtbank die voorstaat, onderscheidend vermogen hebben ten opzichte van een niet-verdragsconforme interpretatie van artikel 67a lid 2, sub 1, Sv, dan is het noodzakelijk dat duidelijk kan worden aangegeven waarin het verschil ligt tussen 'ernstig geschokte rechtsorde' en 'public disorder'. Een moeilijkheid is hier dat de Straatsburgse rechtspraak 'the notion of disturbance of public order' tot op heden weinig handen en voeten heeft

gegeven. In mijn eerdere annotatie heb ik daarover al het één en ander gezegd. Een facet van de Straatsburgse rechtspraak dat daarbij wellicht nog wat meer nadruk zou mogen krijgen, betreft de oorzaak van de (te verwachten) maatschappelijke onrust. In de zaken-Lettelier en Kemmache heeft het EHRM aangegeven dat het gaat om 'public disorder' die het gevolg is van de *vrijlating* van de verdachte.⁶ In latere zaken lijkt het EHRM de (strengere) eis te stellen dat het *de verdachte zelf* is die de maatschappelijke onrust veroorzaakt.⁷ Kennelijk wordt dan bedoeld dat de maatschappelijk onrust het rechtstreekse gevolg moet zijn van het te verwachten gedrag van de verdachte nadat hij op vrije voeten wordt gesteld. Verwarrend is dat in die latere zaken weer (indirect)⁸ wordt verwezen naar de oudere rechtspraak. Dat duidt er naar mijn mening op dat er in de latere zaken sprake is van een ongelukkige formulering en dat dus bepalend is of de vrijlating van de verdachte tot maatschappelijke onrust zal leiden.⁹ De rechtbank Haarlem volgt eveneens deze lijn. Maar een andere interpretatie, waarin het (te verwachten) gedrag van de verdachte na vrijlating doorslaggevend is, is daarmee geenszins onverdedigbaar. Duidelijk is in elk geval dat op begripsmatig niveau de rechtspraak van het Straatsburgse hof niet heel helder is. Dat maakt het er niet makkelijker op om op nationaal niveau een verdragsconforme interpretatie een duidelijke en zelfstandige plaats te geven.

Wanneer men de uitspraken van de rechtbank Haarlem en het gerechtshof Amsterdam goed bestudeert, blijkt dat achter het begripsmatige verschil in benadering met betrekking tot de wijze van interpretatie van artikel 67a lid 2, sub 1, Sv, een ander en tastbaarder verschil schuilgaat. Het gaat daarbij om de *concreetheid* van de toetsing.¹⁰ De rechtbank maakt duidelijk dat er zo concreet mogelijk moet worden getoetst of er sprake is van een ernstig geschokte rechtsorde c.q. (te verwachten) maatschappelijke onrust. Dat wordt allereerst geaccentueerd in onderdelen van de formulering van het criterium in rov. 2.1, waarin wordt gesproken over 'de *bijzondere* ernst van het *concrete* feit' en 'het gevaar dat de vrijlating van *deze* verdachte tot maatschappelijke onrust zal leiden'.¹¹ Verder gaat de rechtbank in rov. 2.2 en 3 uitvoerig in op de vraag in hoeverre het op vrije voeten stellen van de aangehouden drugskoerier zal leiden tot maat-

5 Rb. Zwolle 29 augustus 1983, bevestigd door gerechtshof Arnhem 7 september 1983, *NJ* 1983, 807. In recente literatuur wordt nog veelvuldig naar deze uitspraken verwezen.

6 EHRM 26 juni 1991, *NJ* 1995, 575, § 51, respectievelijk EHRM 27 november 1991, *NJ* 1995, 576, m.nt. EAA, § 52.

7 Zie onder andere EHRM 24 oktober 2003, *NJ* 2005, 550, m.nt. Sch (Smirnova), § 59, en EHRM 28 juli 2005, *NJCM* 2005, p. 1148-1156, m.nt. P.H.P.H.M.C. van Kempen & F.G.H. Kristen (Czarnecki), § 37.

8 In de meest recente rechtspraak wordt verwezen naar de zaak-Smirnova. In die zaak wordt weer verwezen naar de zaak-Lettelier.

9 Zie nader J.M. Reijntjes, 'Is er vooruitgang? Over de toepassing van de voorlopige hechtenis', *Strafblad* 2004, p. 219-221.

10 Zie ook T.M. Schalken, 'De rechtsorde moet geregeld worden geschokt', *Adv.bl.* 2007, p. 268-269.

11 De cursiveringen zijn door mij toegevoegd.

schappelijke onrust, waarbij de rechtbank sterk individualiseert. Het gaat erom om of de vrijlating van *deze* verdachte – en niet de vrijlating van *grote aantallen* drugskoeriers – tot maatschappelijke onrust leidt.¹² Daarbij stelt de rechtbank vast dat in deze zaak geen maatschappelijke onrust valt te verwachten. Het gerechtshof kiest een enigszins andere koers door in rov. 9 in min of meer algemene zin vast te stellen wat de effecten van de invoer van drugs door middel van drugskoeriers zijn en ontleent daaraan de argumenten voor het aannemen van een ernstig geschokte rechtsorde. Hiermee laat zich vaststellen dat, ook los van de begripsmatige invulling van criteria als ‘ernstig geschokte rechtsorde’ en ‘public disorder’, de rechtbank en het gerechtshof inhoudelijk niet dezelfde koers varen. Hoe kan dit worden beoordeeld in het licht van artikel 5 EVRM? In zijn algemeenheid kan worden gezegd dat de rechtspraak van het EHRM noopt tot een concrete en geïndividualiseerde benadering. Van de rechter wordt verlangd dat hij de omstandigheden specificeert die hij van belang acht voor het aannemen van (dreigende) ‘public disorder’, waarbij de rechter zich niet uitsluitend mag verlaten op ‘a purely abstract point of view, taking into consideration only the gravity of the offence’.¹³ Tegelijkertijd is het lastig om aan te geven hoe specifiek de eisen zijn die uit de Straatsburgse rechtspraak voortvloeien. Daarbij speelt weer een rol dat de betekenis van ‘public disorder’ zelf niet zonneklaar is. Niettegenstaande deze onduidelijkheden lijkt het mij nauwelijks voor discussie vatbaar dat de aanpak van de rechtbank de lat ruimschoots haalt. Of hetzelfde kan worden gezegd van de benadering van het gerechtshof, levert meer discussie op. Het gerechtshof concentreert zich op de gevolgen van de invoer van drugs, waaraan het strafbare handelen van de verdachte als drugskoerier een bijdrage heeft geleverd. Daarbij refereert het gerechtshof aan de effectiviteit van het overheidsoptreden en de geloofwaardigheid van de rechtshandhaving. Men kan betogen dat al deze gezichtspunten in wezen gelden voor elke overtreding van de Opiumwet waar harddrugs bij betrokken zijn, en daarmee vooral ‘the gravity of the offence’ tot uitdrukking brengen. Dat zou betekenen dat de door het EHRM gestelde eis van een concrete en geïndividualiseerde benadering wordt miskend. Dat klemmt dan vooral in de eerste fase van de voorlopige hechtenis, gelet op het feit dat het gerechtshof – zo blijkt uit rov. 10 en

12 – met het verstrijken van de tijd hogere motiveringseisen wil stellen, terwijl dan ook de belangen van de verdachte een prominenter rol gaan spelen. Het te verwachten effect daarvan is dat, na verloop van tijd, de specifieke omstandigheden van het geval indringender naar voren zullen komen in het oordeel omtrent de noodzaak van de voortzetting van de voorlopige hechtenis.

3 Het EHRM lijkt toe te staan dat de verschillende gronden voor voorlopige hechtenis, waaronder het gevaar van ‘public disorder’, pas aan de orde komen nadat een eerste fase, direct nadat tot aanhouding is overgegaan, is verstreken. Gedurende die eerste fase zou alleen de verdenking ter zake van het strafbare feit volstaan als grondslag voor de vrijheidsbeneming.¹⁴ Dit biedt een zekere ruimte voor een invulling van het criterium van de ernstig geschokte rechtsorde als grond voor voorlopige hechtenis die tijdens deze eerste fase afwijkt van het criterium van ‘public disorder’.¹⁵ Het gerechtshof Amsterdam sluit hierbij aan door in rov. 10 te wijzen op de ‘betrekkelijk korte tijdspanne’ van de voorlopige hechtenis tot aan de berechting (in eerste aanleg). Daarbij wordt aangetekend dat naarmate de tijd verstrijkt, beslissingen omtrent de voortzetting van de voorlopige hechtenis beter moeten worden gemotiveerd, ook waar het gaat om de vraag of de samenleving de vrijlating van de verdachte verdraagt. Ook in rov. 12 komt naar voren dat tijdsverloop van invloed is op de vaststelling van de aanwezigheid van gronden voor voorlopige hechtenis. De ‘betrekkelijk korte tijdspanne’ waar het gerechtshof op wijst, betreft de reguliere 104 dagen voorlopige hechtenis (14 dagen bewaring plus 90 dagen gevangenhouding) waarbinnen het onderzoek ter terechtzitting een aanvang moet nemen.¹⁶ Dat blijkt uit de wettelijke termijn waaraan in rov. 5 wordt gerefereerd. In de praktijk zal de vrijheidsontneming veelal nog wat langer duren, vanwege het ophouden voor onderzoek en de inverzekeringstelling. Naar het oordeel van het gerechtshof is kennelijk binnen de periode totdat de zaak op de zitting wordt aangebracht, vooral van belang of, los van de eisen die uit artikel 5 EVRM voortvloeien, op grond van artikel 67a lid 2, sub 1, Sv gesproken kan worden van een ernstig geschokte rechtsorde.

Het zoeken van aansluiting bij de wettelijke termijnen voor voorlopige hechtenis wordt door het gerechtshof overigens wel op een andere wijze

12 Al hanteert de rechtbank omgekeerd nog wel als argument ten voordele van de verdachte dat de eerdere vrijlating van verdachten in soortgelijke zaken (na schorsing van de voorlopige hechtenis) niet tot maatschappelijke onrust heeft geleid.

13 Zie de rechtspraak genoemd in noot 7.

14 Zie onder andere EHRM 26 juni 1991, *NJ* 1995, 575 (Letellier), § 35, EHRM 27 november 1991, *NJ* 1995, 576,

m.nt. EAA (Kemmaché), § 45, en EHRM 27 augustus 1992, nr. 12850/87 (Tomasi), § 84.

15 Vgl. ook A-G Vellinga in zijn conclusie voor HR 21 maart 2006, LJN: AU8131, *NJ* 2006, 246, m.nt. T.M. Schalken.

16 Die termijn kan overigens worden verlengd indien er een verdenking bestaat ten aanzien van een terroristisch misdrijf. Zie art. 66 lid 3 Sv.

met artikel 5 EVRM in verband gebracht. In rov. 4 wordt, enigszins terloops, gewezen op het vereiste dat berechting binnen een redelijke termijn zal plaatsvinden. Kennelijk heeft het gerechtshof hier het oog op het derde lid van artikel 5 EVRM, waarin wordt bepaald dat een ieder die in voorlopige hechtenis wordt genomen, het recht heeft om binnen een redelijke termijn te worden berecht.¹⁷ Naar Nederlands recht wordt, op de keper beschouwd, dit recht door de regeling van de voorlopige hechtenis gewaarborgd. Immers, de wet schrijft voor dat na uiterlijk 90 dagen gevangenhouding het onderzoek ter terechtzitting een aanvang moet nemen. Het kan niet worden uitgesloten dat deze regeling in de praktijk als een zekere stimulans voor de toepassing van voorlopige hechtenis werkt: voorlopige hechtenis voorkomt dat zaken op de plank blijven liggen. Tegelijkertijd moet scherp in het oog worden gehouden dat dit praktische voordeel zelf geen legitimatie biedt voor voorlopige hechtenis. Het snel op zitting kunnen aanbrengen van een zaak is geen belang dat in het Nederlandse recht of door het EHRM wordt erkend als rechtvaardiging (of grond) voor voorlopige hechtenis.¹⁸

De rechtbank Haarlem reageert in haar beschikking op een soortgelijke eerdere overweging van het gerechtshof ten aanzien van de wettelijke termijnen voor voorlopige hechtenis. Aan het slot van rov. 2.2 uit de rechtbank als bezwaar dat het gerechtshof van een te lange termijn voor de beschreven eerste fase uitgaat. Op basis van de zaak-Kemmache, waarin een periode van zes weken aan de orde was,¹⁹ formuleert de rechtbank voor de Nederlandse situatie als uitgangspunt dat na het verstrijken van de in verzekeringstelling en de bewaring – dat omvat (maximaal) twintig dagen – de eerste fase verstreken is.

Het is lastig om aan te geven wie de betere keuze maakt, de rechtbank of het gerechtshof. Wanneer uitsluitend naar het aantal dagen wordt gekeken, neemt de rechtbank een hele ruime veiligheidsmarge. Het EHRM heeft namelijk niet alleen een termijn van zes weken, maar ook wel eens een periode van negen weken beoordeeld in het licht van de eerste fase, waarin een verdenking in principe volstaat.²⁰ Die termijn is weer korter dan de termijn (van ruim veertien weken) waar het gerechts-

hof mee werkt. Wellicht dat het EHRM bereid is om een langere termijn te aanvaarden, maar dat kan uiteraard niet met zekerheid worden gezegd. Van groter belang lijkt mij dat de Nederlandse regeling zelf vanaf de bewaring naast een verdenking – in de verzwaarde vorm van ernstige bezwaren²¹ – ook de aanwezigheid van gronden vereist. Het is niet uitgesloten dat het EHRM tot uitgangspunt zal nemen dat die gronden dan ook overeenkomstig de Straatsburgse normen moeten worden toegepast. Dat zou dan betekenen dat de eerste fase waarin de verdenking volstaat als grondslag voor de vrijheidsbeneming, met de aanvang van de bewaring is voltooid.

4 De uitspraken van de rechtbank Haarlem en het gerechtshof Amsterdam zouden nog meer in detail kunnen worden onderzocht, maar het vorenstaande laat in voldoende mate zien dat er aanmerkelijke verschillen bestaan in de wijze waarop in de rechtspraak wordt omgesprongen met de ernstig geschokte rechtsorde als grond voor voorlopige hechtenis. De rechtspraak van het EHRM is niet zodanig specifiek dat aan de hand daarvan eenvoudig kan worden uitgemaakt welke interpretatie de meest aangewezen is. Duidelijk is dat de uitspraak van de rechtbank Haarlem ruimschoots binnen de marges van artikel 5 EVRM valt, maar de Straatsburgse jurisprudentie biedt voldoende aanknopingspunten op grond waarvan ook het afwijkende oordeel van het gerechtshof Amsterdam zou kunnen worden gebillijkt. Het geldende recht biedt, zoals besproken, op onderdelen kennelijk onvoldoende houvast om tot consistente rechtspraak te komen. Vanuit het perspectief van de rechtseenheid is dat geen wenselijke situatie. Normaliter pleegt de Hoge Raad de rechtseenheid te bewaken (vgl. art. 81 Wet RO), maar in verband met de voorlopige hechtenis is de toegang tot de Hoge Raad beperkt. Alleen het Openbaar Ministerie, en niet de verdachte, kan in cassatie gaan naar aanleiding van een beslissing van een gerechtshof omtrent (de opheffing van) de voorlopige hechtenis.²² In de eerder in dit tijdschrift besproken beschikking heeft de Hoge Raad de mogelijkheid laten liggen om de betekenis van het criterium van de ernstig geschokte rechtsorde, mede in relatie tot artikel 5 EVRM, te verduidelijken. Het zou

17 Of, zo vervolgt art. 5 lid 3 EVRM, hangende het proces in vrijheid te worden gesteld.

18 Weliswaar kan vanuit het perspectief van het EVRM erop worden gewezen dat in een eerste fase de verdenking kan volstaan als grondslag van de voorlopige hechtenis, maar het EHRM heeft ook nadrukkelijk overwogen dat de voorlopige hechtenis niet (uitsluitend) als een voorschot op de op te leggen straf mag fungeren. Zie bijvoorbeeld EHRM 26 juni 1991, *NJ* 1995, 575 (Letellier), § 51, en EHRM 27 november 1991, *NJ* 1995, 576, m.nt. EAA (Kemmache), § 52. Indien voorlopige hechte-

nis uitsluitend wordt gehanteerd om schot in de zaak te houden, is het feitelijke effect daarvan dat een dergelijk voorschot wordt genomen.

19 EHRM 27 november 1991, *NJ* 1995, 576, m.nt. EAA, § 47.

20 EHRM 20 maart 2001, nr. 33591/96 (Bouchet), § 41.

21 Ernstige bezwaren zijn overigens niet vereist voor een bevel tot bewaring bij verdenking van een terroristisch misdrijf (art. 67 lid 4 Sv).

22 Zie art. 445 jo. 71 Sv en art. 446 Sv.

goed zijn wanneer de Hoge Raad alsnog daartoe zou overgaan. Gelet op de beperkte toegang tot de Hoge Raad zou een cassatieberoep in het belang der wet de Hoge Raad in staat kunnen stellen om dat te doen. Indien die mogelijkheid zich voordoet, is van belang dat de Hoge Raad niet alleen aandacht besteedt aan de betekenis van artikel 5 EVRM voor het Nederlandse recht. Ook los van de relatie tot het EVRM is een nadere invulling van het tamelijk abstracte criterium van de ernstig geschokte rechtsorde gewenst.²³

Naast het wijzen van een richtinggevende uitspraak door de Hoge Raad moet uiteraard ook worden gedacht aan de beoordeling van Nederlandse klachten ter zake van schending van artikel 5 EVRM door het EHRM. Het is mij niet bekend in hoeverre dergelijke klachten reeds zijn ingediend. In ieder geval kan worden geconstateerd dat veel Straatsburgse uitspraken met betrekking tot de voorlopige hechtenis betrekking hebben op nationale wetgeving die nogal afwijkt van de Nederlandse regelgeving. Om die reden zou het interessant zijn wanneer het Straatsburgse hof zich uitspreekt in een Nederlandse zaak. Met alle be-

perkingen die zijn verbonden aan rechtspraak van het EHRM,²⁴ zou daarmee – in enigerlei mate – duidelijkheid kunnen worden verkregen omtrent betekenis van de algemene uitgangspunten die het EHRM op basis van artikel 5 EVRM heeft geformuleerd,²⁵ voor de Nederlandse rechtsorde.

Naschrift

Na afsluiting van de tekst van deze annotatie werd bekend dat het EHRM op 5 juli 2007 twee ontvankelijkheidsbeslissingen heeft gewezen in Nederlandse zaken waarin de ernstig geschokte rechtsorde als grondslag voor voorlopige hechtenis gold (Kanzi tegen Nederland, application no. 28831/04, en Hendriks tegen Nederland, application no. 43701/04). De desbetreffende klachten zijn niet-ontvankelijk verklaard. De beslissingen van het EHRM duiden erop dat het Nederlandse criterium van de ernstig geschokte rechtsorde niet onverenigbaar is met de Straatsburgse maatstaf van 'public disorder'. In één van de volgende nummers van dit tijdschrift zal ik nader aandacht besteden aan deze recente rechtspraak van het EHRM.✎

23 Overigens kunnen ook lagere rechters bijdragen aan de invulling van dit abstracte criterium door zoveel mogelijk te expliciteren welke omstandigheden en onderliggende belangen worden betrokken in het oordeel dat er al dan niet sprake is van een ernstig geschokte rechtsorde. Deze benadering heeft Klaas Rozemond uitgewerkt in een (ongepubliceerde) lezing voor de rechtbank Den Haag, onder de titel 'Problemen van rechtsvinding bij de voorlopige hechtenis'. De Hoge Raad zou deze werkwijze kunnen bevorderen door het motiveringsvoorschrift

van art. 24 lid 1 Sv nader uit te werken voor beslissingen omtrent de voorlopige hechtenis.

24 Te denken valt hierbij vooral aan het casuïstische karakter van de Straatsburgse rechtspraak. Overigens moet niet uit het oog worden verloren dat het, na het indienen van een klacht, enkele jaren kan duren voordat een uitspraak wordt gewezen.

25 Zie voor die uitgangspunten bijvoorbeeld EHRM 28 juli 2005, *NJCM* 2005, p. 1148-1156, m.nt. P.H.P.H.M.C. van Kempen & F.G.H. Kristen (Czarnecki), § 37.